



DCO - Depto. Dir.  
Comercial

## ASILEIRO DE POLÍTICA DO CONSUMIDOR

A (biênio 1992-1994)

Antonio Herman V. Benjamin

Presidente: Cláudia Lima Marques

e: Antonio Janyr Dall'Agnol Junior

Secretário: Marcelo Gomes Sodré

Maria Elisabete Villaga Lopes

Diretor de Eventos: Newton de Lacerda

Diretor de Assuntos Legislativos: Alcides Tomazetti Junior

Diretor da "Comissão Permanente de Controle das  
Cláusulas Contratuais Abusivas": Ruy Rosado de Aguiar Feres

Diretor da "Comissão Permanente de Controle de  
Marketing": Wilson Carlos Roderer

Diretor da "Comissão Permanente de Responsabilização  
Civil do Fornecedor": Silvano Luis Lourenço da Mota

Diretor da "Comissão Permanente de Assessoria e  
Assistência": Nelson Nery Junior

Diretor da "Comissão Permanente de Propriedade Intelectual"  
Adriano de Lima Moraes

Diretor Geral da Faculdade de Direito de São Paulo

Coordenador do Curso de Direito de São Paulo

1992

1992

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

4

NÚMERO ESPECIAL — 1992

O CONTROLE DA PUBLICIDADE



## O OBJETIVO DE TRANSPARENCIA E O REGIME JURÍDICO DOS DEVERES E RISCOS DE INFORMAÇÃO NAS DECLARAÇÕES NEGOCIAIS PARA CONSUMO

ALCIDES TOMASETTI JR.

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Do objetivo de transparência ao modelo da informação eficiente
- 2. Função normativa do artigo 4.º, CPDC, e direito subjetivo à informação eficiente — 3. O dever de informação eficiente nas declarações negociais para consumo. Excurso e retomada — 4. A fórmula "melhor consumir até..." Assentamentos conceituais. Conseqüências dogmático-jurídicas da interpretação textual.

### 1. Do objetivo de transparência ao modelo da informação eficiente

No art. 4.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), dentre outros, está, como objetivo — no sentido teleológico ou finalístico da palavra — a consecução de transparência no mercado de consumo.

A confirmar uma sentença sagazmente cabocla de um economista e político eminente — quando escreveu que "o Brasil parece particularmente vulnerável à perversão de objetivos"<sup>1</sup> — por conta de um erro mecanográfico na redação última do texto legal, encontra-se, no *caput* daquele art. 4.º, no lugar de "transparência", a palavra "transferência".

É óbvio que esse *quid proquo* (ou, em expressivo e popular português, *quiproquô*) nada favoreceu à transparência da própria regra jurídica, a tal ponto que algum anotador<sup>2</sup> passou despercebido da facécia, a qual remanesce opaca para os inexpertos.

Sabe-se, porém, que o objetivo de transparência no chamado mercado de consumo está correlacionado a vários conceitos, definidos ou em fase de definições estipulativas,<sup>3</sup> na área dogmática onde está

a ser trabalhada uma "principiologia" (ou teoria dos princípios) imanente às especificidades do microsistema de direito protetivo do consumidor.

Cuida-se de elaborar um quadro teórico inovador, decorrente da necessidade de desembaraçar esse microsistema de certos "resíduos" e "derivações"<sup>4</sup> radicados. Dado que o traçamento daquela "principiologia" vem ocupando mãos melhores que as deste escrevinhador, basta, por agora, alinhar algumas das noções implicadas pelo *insigh* que segue proposto como tentativa.

Convém iniciar pelo conceito de *transparência*.

Modismo à parte, no contexto das declarações negociais para consumo e das conseqüentes relações jurídicas de consumo (tal como reguladas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor) transparência significa uma situação informativa favorável à apreensão racional — pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos — dos sentimentos, impulsos e interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir e condicionar as expectativas e o comportamento daqueles mesmos sujeitos, enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes, deveres e responsabilidades.

Ao leitor mais exigente decerto vai ocorrer que carece de adequada transparência um tal conceito de... transparência. Pode todavia o autor retrucar que, à míngua da desejável concisão na prolixidez da fórmula não deixa de haver uma certa prestabilidade.

A transparência é um resultado prático, que a lei substancialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio (e corresponsdentes deveres legais) de informação.

Ao devedor de informação — isto é, ao fornecedor — cumpre esclarecer, avisar, e predispor os consumidores a escolhas predominantemente refletidas e na sua maior parte autodeterminadas. Em suma: a informação tem o sentido funcional de racionalizar as opções do consumidor. A racionalização das declarações negociais e das relações jurídicas de consumo é resultado que não se obtém pela sugestão (publicitária, em especial), a qual primordialmente atua pela inclinação dos sentidos.

A *persuasão* passa sempre por um apelo à razão e nessa medida é admitida e regulada juridicamente.

Convém delimitar, ainda por definição explicativa (nota 2, supra), os conceitos de "informação" e de "sugestão". Pela primeira pode

entender-se, originariamente, a conformação aplicada a um certo dado, o qual, por causa dessa conformação, torna-se passível de ser conhecido e, por consequência, comunicável. Assim sendo, informação é palavra que refere tanto o processo de formulação e transmissão de dados cognoscíveis, como também estes últimos, na exata medida em que estão no conteúdo e na resultante daquele processo. É de particular interesse, além disso, enfatizar a informação enquanto fenômeno coletivo. Sob tal aspecto a finalidade da informação está em dar conta do significado dos fatos sociais, em especial dos cotidianos, na proporção em que vêm selecionados, organizados e formulados por agentes especialistas, e difundidos pelos meios de comunicação em massa — pela "mídia".

Pode conceituar-se sugestão o ato ou a situação que provoca uma acentuada ou integral paralisia (senão mesmo supressão) do senso de discernimento e crítica da pessoa, conservando-se no entanto em níveis normais ou próximos da normalidade todas as suas outras funções psíquicas. A sugestão exclui ou se sobrepõe à informação, quer do ponto de vista individual quer do ponto de vista coletivo, e nessa medida tende a ser juridicamente rejeitada pelas técnicas de controle racional da comunicação.

Sobrepujado em razão da influência do liberalismo e do neoliberalismo avançados, nas sociedades econômicas de mercado — cuja abundância caracteriza os países do primeiro mundo — passou a ser indispensável um certo grau de transparência nas declarações negociais e nas relações jurídicas de consumo provocada pelo controle da difusão e eficiência da informação acerca dos produtos, dos serviços, e do contexto mesmo das situações de consumo, nestas incluídas a declaração negocial constitutiva do vínculo e seus desenvolvimentos anteriores e ulteriores.

O objetivo de transparência pela informação foi acolhido e privilegiado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Basta uma releitura do art. 4.º, *caut* ("transparência"); do art. 6.º, II, III, e IV; dos arts. 8.º e 9.º; o art. 14; dos arts. 30 e 31; do art. 36; dos arts. 43 e 44; dos arts. 46 e 54, §§ 3.º e 4.º; e do art. 60, para rastrear o grau de clareza e de precisão que deve estar presente nas estruturas da declaração negocial para consumo e no contexto das relações de consumo cujo regime legal está ordenado no sentido de impor ao fornecedor deveres de informação eficiente.

As linhas de força do objetivo de transparência assimilado pela recente codificação protetora do consumidor não são coextensivas à

racionalidade ínsita no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916.

A dessemelhança entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e aquelas outras codificações de base novecentista pode ser expressivamente ressaltada pela ótica do conceito e regime jurídicos do motivo, tal como se acham implícitos no Código Comercial, e de fato feita mas não menos sintomaticamente no art. 90 do CC, em que o vocábulo "causa" aparece no lugar de "motivo", tomando-se esta palavra de acordo com a definição explicativa moldada pela dogmática jurídica privatista.

Compreendem-se no conceito de motivo, em direito privado, os dados psíquicos e as circunstâncias e injunções objetivas e subjetivas que precedem e determinam no todo ou em parte a declaração negocial.<sup>5</sup>

Apesar dos muitos desacertos que repercutiram na aplicação prática do art. 90 do CC — no qual o termo "causa", como já foi dito, acha-se em vez de "motivo" — a melhor doutrina soube diferenciá-los com base em refinamentos dogmático-conceituais.

"Com a causa, dissemos, não se confundem os motivos, que levam a pessoa a praticar o ato. Não se inserem, esses, no suporte fático; ficam aquém, ou além; psicologicamente, subjazem. Isso importa dizer-se que não entram no mundo jurídico porque só entrariam se integrassem o suporte fático, e não o integram. Pode dar-se, porém ... que os figurantes confiram relevância a motivos. Então, inserem-se eles no suporte fático ... O princípio, que rege, é o da irrelevância dos motivos, ainda na compra e venda e na locação (A comprou para auxiliar o vendedor, B empregou C para que se acostume ao trabalho). Sob a *causa donandi*, podem estar a gratidão, a publicação do nome, o suborno, a intenção de angariar simpatia e tantos outros motivos. Uma vez que os motivos não entram no mundo jurídico (plano da existência), também não vão ao plano da validade, ou ao plano da eficácia ... Junto ao princípio da irrelevância dos motivos, existe o de poderem ser inseridos nos suportes fáticos (princípio da inseribilidade dos motivos). A condição é motivo tornado relevante; estabeleceu-se a expectativa do fato jurídico, e dele faz-se depender a eficácia do ato jurídico".<sup>6</sup>

Diversa desse construto é a compleição do modelo de transparência decorrente da informação. Neste modelo prepondera desengadamente o princípio da relevância dos motivos que levam o consumidor à prática do negócio jurídico orientado à função de consumo.

As emoções, os sentimentos, os impulsos, os interesses, as conveniências, ou injunções outras, endógenas e exógenas, que engendram as circunstâncias dos negócios para consumo — circunstâncias, essas, parcialmente subsumíveis ao conceito de motivo — reputam-se, *ex lege*, insertas no suporte fático daqueles negócios (plano da existência), e, por consequência, relevantes para a respectiva nulidade, absoluta ou relativa (plano da validade), e para os seus correspondentes efeitos (plano da eficácia).

Tome-se como exemplo o art. 49 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que permite a este “desistir do contrato no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

Tratou-se de atribuir ao consumidor a titularidade de um poder formativo extintivo da eficácia do contrato, a ser exercitado depois da conclusão (plano da existência) de um negócio contratual regular (plano da validade) cujos concretos efeitos (plano da eficácia) passam a exclusivamente depender da ausência de declaração de arrependimento, por parte do consumidor, dentro no prazo legal. “Desistir do contrato” significa, na espécie, declarar a resolução, sem inadimplemento, da relação jurídica contratual, desde o momento em que esse vínculo surgiu, isto é, cuida-se da deseficacização, a mais possivelmente completa (*ex tunc*), de um contrato existente, válido e eficaz: apertado, em todos esses três planos, entre fornecedor e consumidor, fora do estabelecimento comercial.<sup>7</sup>

Qual é o fundamento apontado para a atribuição desse poder, reconhecido pela lei ao consumidor, para que este promova a resolução, sem inadimplemento (deseficacização total; *ex tunc*) da relação jurídica de consumo nascida (plano da eficácia) regularmente (plano da validade) do contrato já concluído (plano da existência)?

Nos contratos para consumo concluídos fora do estabelecimento comercial, “o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, derivada de práticas e técnicas de venda mais incisivas, não terá discernimento suficiente para contratar ou deixar de contratar, dependendo do poder de convencimento empregado nessas práticas mais agressivas”. Por exemplo: o consumidor fica “vulnerável também ao desconhecimento do produto ou serviço, quando a venda é feita por catálogo”... Não tem oportunidade de

examinar o produto ou serviço, verificando suas qualidades e defeitos etc.”<sup>8</sup>

Por força da transparência, enquanto objetivo do regime legal das declarações negociais e das consequentes relações de consumo — relações, estas, que são eficácia da atuação de negócios jurídicos funcionalizados ao consumo — predomina, nesse campo, o princípio da relevância dos motivos, sob o controle de um modelo de transparência pela informação eficiente, de que não se cogita, em geral, para o sub-sistema de direito privado positivo.

Esse modelo de transparência pela informação eficiente importa quando menos na ponderação e na ordenação das seguintes variáveis, obtidas pela sintetização de várias das normas mais incisivas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dentre as quais convém desde agora ressaltar o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (CPDC, art. 4.º, I):

- a) conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito;
- b) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço;
- c) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos e serviços;
- d) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo;
- e) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos no mercado de consumo.

Seria demasiado insistir nas diferenças materiais entre a hipotetização inata ao modelo aqui esquematicamente apresentado e as concretas relações que se travam na fenomenicidade do mercado de consumo.

As disfunções dos mecanismos de mercado afetam direta e intencionalmente a consciência e a percepção dos consumidores reais quanto àquelas que seriam as suas necessidades e carências verdadeiras,<sup>9</sup> objetiva e/ou subjetivas, de sorte a anestesiar a capacidade de seleção da qual talvez pudessem dispor, se não fossem aturidos pela avalanche de produtos e serviços ofertados sem interrupção,<sup>10</sup> ao mesmo tempo ou sucessivamente, num grau vertiginoso de complexidade e de sofisticação crescentes no contexto da oferta e dos bens ofertados.

O instrumento teórico denominado modelo supõe entretanto uma racionalização dos comportamentos, o que equivale a entender que exista uma certa possibilidade de previsão da realidade, mediante a apreensão crítica <sup>11</sup> das constâncias de seus fenômenos e da repetição das relações estruturais correspondentes, de modo que, para além da previsão, haja também, embora limitadamente, possibilidade de interferência sobre a realidade mesma, com o objetivo de modificá-la. <sup>12</sup>

As disfunções do mercado, sumariadas logo acima, são, na sua maior parte, explicáveis em suas manifestações e suscetíveis de modificações ao nível de minoração e/ou de correção, pelo intermédio de aplicações progressivas do modelo de transparência potenciado pela difusão de informação eficiente nas relações jurídicas de consumo.

O modelo da transparência implica não só a difusão da informação mas também a eficiência da mensagem informativa. Pode dizer-se eficiente a informação que enseja de maneira apropriada (total ou altamente satisfatória) a consecução do objetivo de transparência, propiciando ao consumidor atuar segundo a ponderação e a ordenação das cinco variáveis de racionalidade comportamental consideradas, aqui, modelarmente decisivas para a implantação da Política Nacional das Relações de Consumo em direção à qual avança a Lei 8.078, de 11.9.90 (CPDC).

Insuficiente será a informação que deixar de atender integralmente a qualquer uma ou mais daquelas variáveis, de jeito que não se atinge sequer o perfazimento de um grau mínimo de transparência: o objetivo buscado pelo modelo resta simplesmente inalcançado. Será deficiente a informação que desatende, em parte, alguma, algumas ou todas aquelas variáveis. Nessas hipóteses há defeito de transparência. Ou seja: alguma transparência existe, mas não é ajustada ao modelo; não é modelar, porque destituída de informação em grau eficiente.

Pode também ocorrer um excesso de informação, ou hipereficiência informativa, o que provoca no consumidor dificuldade ou mesmo impossibilidade de apreender o que na mensagem constitui o seu núcleo cognoscitivo. O dado fundamental para a informação do consumidor não vem claramente identificado ou ressaltado. Nesses casos a informação demasiada prejudica a eficiência e pode ser enquadrada na categoria defeito de informação.

A insuficiência, a deficiente e a hipereficiência de informação — dado o caráter prescritivo do modelo de transparência que pode

ser dogmaticamente construído a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor — caracterizam infração, pelo fornecedor, do dever legal de cooperar com a difusão eficiente da informação adaptada ao consequimento de transparência nas declarações negociais para consumo e nas relações de consumo. No contrapolo da relação jurídica de consumo, pode encontrar-se o consumidor, como titular de um direito subjetivo à informação bem assim da pretensão e da ação prefiguradas à exigência e à tutela correspondentes (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 6.º, II, III, IV e VII, e art. 83). A mais desse aspecto individual ou coletivo ressalta o princípio da ação estatal no mercado de consumo, para garantir a qualidade efetiva dos produtos e dos serviços (CPDC, art. 4.º, II). A matéria será especificada logo adiante.

## 2. Função normativa do artigo 4.º, CPDC, e direito subjetivo à informação eficiente

Um influente professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo tem chamado a atenção para a importância prática do enquadramento do art. 4.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor na categoria por ele nomeada norma-objetivo, temática esta que vem ele elaborando em sucessivos trabalhos. <sup>13</sup>

A diferença específica da norma-objetivo verticaliza-se na sua particular eficácia teleológica sobre o manejo de ordenamentos jurídicos: "Na interpretação de suas normas de conduta e de organização, de modo que não poderá ser tida como aceitável hermenêutica que não seja estritamente coerente com a realização dos fins nela [norma-objetivo] inscritos". <sup>14</sup>

"As normas-objetivo, em verdade, compõem os instrumentos normativos que operam a transformação de fins sociais e econômicos em jurídicos". <sup>15</sup>

Estreitando-se o campo da norma-objetivo aos horizontes limitados desta investigação, ressalta que o art. 4.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor condiciona a incidência e a aplicação das demais normas que o integram aos objetivos (fins) nele discriminados. Um desses objetivos, como já foi explicado, é o da transparência nas declarações negociais para consumo e nas relações jurídicas de consumo geradas por aquelas declarações.

Nas páginas antecedentes foi delineado um "modelo de transparência potenciado pela difusão de informação eficiente". A con-

julgação desse modelo à operabilidade própria da norma-objetivo a partir da qual foi esboçado o mesmo modelo, auxilia a detecção da racionalidade<sup>16</sup> que envolve, penetra e orienta a articulação do conjunto normativo sob análise e tentativa de recomposição. Para tanto foi discriminada a tricotomia informação eficiente/informação insu-  
ficiente/informação deficiente, obtendo-se essa tríade pela comparação do modelo teórico (dogmático) — arranjado pela disposição móvel de cinco variáveis consideradas fundamentais — com a oscilação, igualmente instável, da informação eficiente, enquanto elemento inderrógavel do regramento jurídico das declarações negociais para consumo e das relações de consumo, que, ambas, têm a transparência como objetivo.

Esse objetivo supõe-se alcançado quando se puder afirmar que ao consumidor foi emitida informação em grau de eficiência controlado pela ponderação e pela ordenação daquelas cinco variáveis que enformam, interpenetram e orientam o modelo teórico (dogmático) de transparência, condicionando a rejeição da informação insuficiente, da informação deficiente ou da hiperficiente (defeito de informação) à sindicância de sua adaptação ao modelo. Na medida em que este se sustenta em norma-objetivo, de “ordem pública” e “interesse social”<sup>17</sup> — art. 4.º, *caput*, c/c o art. 1.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor — a transparência das declarações negociais para consumo e das relações jurídicas de consumo, pela eficiência da informação, passa a ser uma finalidade jurídica priorizada e, assim, não permeável a juízos hermenêuticos de mera razoabilidade.<sup>18</sup>

Ou o atendimento ao direito e aos interesses do consumidor se concretiza, porque a informação sobre o produto e o serviço foi eficiente, ou há infração do dever de informar. *Nihil est tertium.*<sup>19</sup>

É prudente admitir que possa surgir dúvida quanto à hipótese de defeito na informação, mas essa dúvida, dado o modelo de transparência e o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4.º, I), somente em casos extremos poderá ser resolvida mediante juízos de razoabilidade em benefício do fornecedor. Um exemplo dessa possibilidade estaria na comprovação de que o consumidor pudesse violar o princípio da boa-fé objetiva (art. 4.º, III), alegando informação deficiente, apesar de já estar a receber a prestação continuada, do produto ou do serviço, em circunstâncias de obliedade inequívoca do defeito de informação desde o primeiro momento da recepção, da conservação, ou da utilização do bem.<sup>20</sup>

O que não pode ser esquecido é que a racionalidade do micro-sistema, polarizada como está no sentido da *deser do consumidor* (em obediência, lembre-se, ao programa normativo da Constituição Federal de 1988, citado nos arts. 5.º, XXXII, e 170, *caput* e inc. V), impõe decididamente ao fornecedor o cumprimento de deveres de esclarecimento e de advertência, cumprimento esse que exige uma eficiente veiculação de informações, segundo o modelo da transparência (art. 6.º, II, III, IV e VII, do CPDC).

Dessa correlação, juridicamente predisposta para reequilibrar agentes econômicos dominantes e dominados,<sup>21</sup> deriva, aliás, a inaplicabilidade, às declarações negociais praticadas para consumo e às relações delas decorrentes, de dois conectários do aludido princípio de irrelevância dos motivos: o fatísico *Caveat emptor* (“O comprador que se acautele”) foi como que substituído pelo *Caveat praebitor* (“O fornecedor que se acautele”); e não há mais espaço para a hipocrisia congénial ao *dolus bonus*.

Num plano que inclusive transcende a proteção do consumidor, o reconhecimento de direito subjetivo (público e privado) à informação corresponde uma mudança no próprio conceito de liberdade, que se transformou, de um dado estritamente individual a ser preservado, numa aptidão a realizar concretamente no quadro existencial do indivíduo, ou seja, dentro do grupo social e conforme as pertinentes instituições.<sup>22</sup>

Daí o conceito de cidadania, que, expurgado das conotações declamatórias em moda, compõe-se, também relacionadamente, pelo poder/dever de participação nas escolhas da sociedade, ao que é indispensável a eficiente formação/informação da personalidade (em sentido ético-jurídico) individual, num amplo espectro de melhoria econômica e mobilidade social (CF, arts. 1.º, II, III e IV; 3.º, *caput*, I e III).<sup>23</sup>

### 3. O dever de informação eficiente nas declarações negociais para consumo. Excursão e retomada

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor alterou radicalmente o regime de distribuição dos riscos nos negócios para consumo e nas relações de consumo, as quais constituem a eficácia típica daqueles negócios. É urgente o traçamento de um modelo da distribuição dos riscos nas relações jurídicas de consumo, e assim, de (sobre) modelos outros, como os da “ordem pública” e “interesse

social" (art. 1.º, CPDC), até que se possa chegar à ordenação teórica (dogmática) geral das estruturas intrassistêmicas do ordenamento aberto e não pleno (art. 7.º, CPDC) que tem no seu cerne a lei protetora do consumidor.

Essa tarefa há de ser desempenhada, mas não aqui. Agora, basta rememorar o enunciado dos arts. 6.º, 1, 8.º, 9.º, 12 e 14, daquela lei, dos quais se extraem vários dos fundamentos que alicerçam um nítido princípio de responsabilidade do fornecedor pelos riscos dos produtos e dos serviços.

No art. 12, § 1.º, I-III, encontra-se o discernimento, em número aberto, no que deve ser considerado produto defeituoso para o fim de responsabilizar civilmente o fornecedor em virtude da ocorrência de acidente de consumo.

No art. 14, § 1.º, I-III, também sob enumeração aberta a lei estabelece o que é necessário para a configuração do serviço defeituoso, igualmente com o escopo de responsabilizar o fornecedor pela reparação civil dos acidentes de consumo.

Na parte final do *caput* desses dois dispositivos lê-se que a imputação da responsabilidade civil, prevista como consequência jurídica de ambas as normas, incidirá, sobre o fornecedor de produtos e/ou de serviços, "por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos". De acordo com as precisões tentadas no n. 2.º, retro, a palavra "inadequadas" significa, em rigor terminológico recomendável, "defeituosas". E tanto é assim que, nos parágrafos primeiros aos arts. 12 e 14 a lei já menciona produto defeituoso e serviço defeituoso.

Consideram-se defeituosos, dentre outras possibilidades, os produtos que, podendo causar riscos ao consumidor, na sua "apresentação" omitem informação, a nível de insuficiência (= inexistência de informação), de deficiência (= defeito de informação) ou de hiperficiência (= defeito de informação). A lei todavia não aponta explicitamente defeituosidade nos serviços, por insuficiência ou deficiência de informação na respectiva "apresentação", e faz uso da expressão "modo de seu fornecimento" (arts. 12, § 1.º, I, e 14, § 1.º, I).

Essa diferenciação posta no art. 12, I, dá preponderância à idéia de apresentação do produto enquanto embalagem. Como os serviços são normalmente prestados sem embalagem, na redação do inc. I ao § 1.º do art. 14 empregou-se a locução "o modo de seu fornecimento": ela engloba um campo semântico elástico a ponto de apañhar inclusive a "apresentação" daqueles bens de consumo ordinariamente

insuscetíveis de embalagem — isto é — os serviços. Este passo requer alguma digressão.

O conceito de "apresentação" — que se pode desumir pela interpretação sistemática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor — suplantia uma aparente equivalência entre "apresentação" e "embalagem", que poderia insinuar-se desde uma intelecção isolada do citado art. 12, *caput* e inc. I.

Conforme o enunciado dos arts. 31 e 32, CPDC, a "apresentação" dos produtos e serviços no mercado de consumo, tanto como a "publicidade" e a "oferta" (em sentido estrito) desses mesmos bens, integram um conceito mais amplo, o de "oferta" (em sentido largo), que desponta na epígrafe da seção II do cap. V.

Note-se bem que oferta (*stricto sensu*), apresentação e publicidade não só vinculam o fornecedor oferente, apresentante ou "publicitante" (conforme resultaria da eficácia própria ao art. 1.080 do CC), mas verdadeiramente obrigam-no, ou seja, acarretam-lhe um dever de prestar, o qual, conforme a oferta (*lato sensu*) declarada, pode ser exigível à vista, a termo, ou sob condição (CPDC, art. 35).

Segundo as linhas mais genéricas do modelo do Código Civil, para regular a formação dos contratos em todo o âmbito do direito privado, nos casos normais, aquele que faz a oferta ou proporia somente está adstrito a efetuar a prestação correspondente (dar, fazer, não fazer, tolerar) depois de a aceitação — imediatamente manifestada se a oferta for entre presentes, ou expedida pelo destinatário da proposta, se esta for entre ausentes — chegar ao oferente ainda antes de que chegue ao ofertado (ou oblato) a revogação da proposta recebida (CC, arts. 1.080-1.081; 1.084-1.086).

Isto tudo significa que, na lógica do Código Civil em matéria de formação do contrato, um dever de prestar nasce para o proponente apenas depois da conclusão do contrato — negócio jurídico de formação no mínimo bilateral — pelo intermédio da soldagem (no plano da eficácia) das contingências respectivamente típicas aos negócios jurídicos unilaterais contrapostos que se chamam oferta e aceitação.<sup>24</sup> O contrato define-se, então, como negócio jurídico plurilateral ou multilateral formado pela interligação eficaz de dois negócios jurídicos unilaterais, isto é, negócios que se perfazem e se atualizam pela declaração de vontade suficiente, válida e eficaz de uma só parte (p. ex., o testamento, o negócio fundacional, a promessa de recompensa, a oferta de contrato, a aceitação da oferta, a emissão de um título de crédito etc.).

Muito diversamente do modelo do Código Civil, no art. 35, *caput* e inc. I, CPDC, vêm para logo atribuídos ao consumidor — com independência de que este previamente declare a respectiva aceitação — o direito, a pretensão e a ação tendentes a exigir e obter do fornecedor não a execução específica de prestação prometida em contrato já concluído, mas sim o cumprimento forçado de uma obrigação, unilateralmente contraída pelo fornecedor, desde o momento em que foi veiculada a oferta (em senso estrito), a apresentação ou a publicidade do produto ou do serviço.

É de extrema importância fazer sobressair que, para além da eficácia típica do negócio jurídico unilateral de oferta — isto é, a vinculação, efeito quase coextensivo à irrevogabilidade da declaração negocial — o Código de Proteção e Defesa do Consumidor aumenta a abrangência do conceito tradicional de oferta, a ele reconduzindo também a apresentação e a publicidade dos produtos e serviços no mercado de consumo. Demais disso, ao efeito vinculatório da oferta (em senso amplo) a lei protetiva do consumidor acrescenta, àquele mesmo negócio jurídico unilateral, o efeito obrigatório em sentido técnico o mais rigoroso, qual seja o de ficar o fornecedor (devedor) adstrito a cumprir um dever de prestar ao consumidor (credor) o bem de consumo ofertado (*lato sensu*) tão logo o consumidor exercer a sua pretensão ao recebimento do mesmo bem, em congruência com os elementos e as circunstâncias da declaração negocial de oferta (em sentido amplo, repita-se) no mercado de consumo.

Depois desse excurso, posto em marcha para salientar alguns “lugares paralelos” à questão de situar, na arquitetura do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o ambiente dos deveres de informação na dinâmica das declarações negociais para consumo, é necessário recapitular, reformular sucintamente, e apreender as seguintes averiguações:

a) não há negar a existência, a vigência e a eficácia normativas<sup>25</sup> do princípio de responsabilidade do fornecedor pelos riscos dos produtos e serviços;

b) a esse princípio remontam os deveres do fornecedor no sentido de esclarecer e avisar eficientemente o consumidor sobre os riscos deriváveis do recebimento, da conservação e da utilização dos produtos ou dos serviços, e no sentido de reparar os danos ocorriáveis “por informações insuficientes ou inadequadas” (modelo da transparência pela informação eficiente):

c) na expressão “informações inadequadas” o adjetivo está a significar “defeituosas”, e portanto há uma evidente conexão entre os conceitos de produtos e serviços defeituosos e os conceitos de informação deficiente e de informação hiperficiente (= defeito de informação);

d) o defeito de informação não está no produto ou no serviço mas no contexto e nas circunstâncias da correspondente oferta (em sentido amplo) declarada no mercado de consumo, senão no contexto e nas circunstâncias da dinâmica característica às relações jurídicas de consumo;

e) na lei protetiva do consumidor “oferta” compreende a apresentação, a publicidade e a oferta de contrato (ou oferta em sentido estrito);

f) na idéia de “apresentação” do produto ou do serviço estão compreendidos, respectivamente, a embalagem e o “modo de fornecimento”;

g) oferta, apresentação e publicidade dos produtos e dos serviços as mais das vezes constituem negócios jurídicos unilaterais tipicamente praticáveis pelo fornecedor no mercado de consumo;<sup>26</sup>

h) esses três negócios jurídicos unilaterais, uma vez ativados no plano da eficácia, engendram, ao fornecedor responsável (mediata ou imediatamente) pela declaração negocial, não apenas o dever de sustentá-la (vinculação pela irrevogabilidade da declaração) mas também o dever de prestar o produto ou o serviço ofertados, apresentados ou “publicitados”, no momento mesmo no qual se fizerem exigíveis (obrigação em sentido técnico o mais estrito), em congruência com os elementos e circunstâncias da declaração de oferta (no sentido amplo do CPDC).

No que respeita a tais elementos e circunstâncias da declaração de oferta, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor desceu quase à casuística, pela fundada sabedoria de que, em sua inexaurível dimensão concreta, os defeitos de informação podem e devem ser evitados pelos fornecedores, mediante a facilitação do conhecimento quanto à adimplência efetiva das atinentes prescrições legais, por parte de todos os agentes no encadeamento da produção para o consumo, até o destinatário final (= consumidor; CPDC, art. 2.º).

O art. 31, CPDC, orçou a exaustividade das espécies hipotetizáveis: “A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas, e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, com-

posição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

A embalagem, como foi visto, compreende-se no conceito de apresentação. Assim, todos os atributos da apresentação, elencados em número aberto pelo art. 31, CPDC, têm de estar presentes na embalagem, ou, se isto não for possível — *e.g.*, quando o produto ofertado é de pouco tamanho — em mensagem de advertência e esclarecimento claramente visíveis e compreensíveis pelo consumidor até mesmo analfabeto.

São muitos os fornecedores que já obedecem o Código de Proteção e Defesa do Consumidor fazendo constar, ao lado do recipiente em que estão expostos em oferta pública pequenos produtos, um cartaz, onde vem referidas, a respeito desses mesmos produtos, informações compatíveis com o modelo de transparência nas declarações negociais para consumo potencializado pela informação em grau de eficiência (v. o n. 1, retro).

Providências esclarecedoras como essas poderão impedir que o fornecedor possa ser responsabilizado por defeitos de informação inerentes ao recebimento; à conservação e ao consumo de produtos ou serviços, e pelos riscos e danos consentâneos.

Isso, quanto à perspectiva do fornecedor.

O consumidor, de sua parte, tem, como igualmente foi lembrado, um direito subjetivo — não por acaso nomeado “básico” pela lei (CPDC, art. 6.º, *caput* e inc. I) — que está funcionalizado à prévia asseguração dele, consumidor, “contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, e funcionalizado, também, à obtenção de “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (CPDC, art. 6.º, III).

Desatende a direito subjetivo do consumidor o fornecedor que não cuida de cumprir, dentre outras, as normas dos arts. 6.º, *caput* e incs. I e II, 8.º e 9.º, 12, última parte; 14, última parte, e 31. Dada a infração, o consumidor tem direito, pretensão e ação adaptados a eliminar previamente os riscos e para evitar ou reparar os danos, morais ou materiais que sejam (art. 6.º, VI, VII e VIII, CPDC). Já estão algumas das mais óbvias áreas em que se atualiza o princípio da responsabilidade do fornecedor pelos riscos (e danos) dos produtos

e dos serviços, apertando-se o prisma de observação às relações jurídicas de consumo em que estão presentes, frente a frente, o fornecedor (sujeito passivo, destinatário de deveres jurídicos) e o consumidor (sujeito ativo, titular dos poderes jurídicos correlativos àqueles deveres).

Essa relação jurídica dotada de estrutura bilateral, que tem o consumidor individualizado ou individualizável num de seus dois pólos — o chamado pólo ativo — essa relação tem, como figurante no contrapolo, denominado pólo passivo, o fornecedor.

A relação jurídica de consumo, ainda bilateralmente do ponto de vista estrutura, pode apresentar-se com outra função, predominantemente afeta ao direito público administrativo, na medida em que, no correspondente pólo ativo, figurar o Estado, para o desempenho dos poderes funcionais,<sup>27</sup> simetricamente imbricados no princípio da ação estatal no mercado de consumo (CPDC, art. 4.º, II), de maneira que se possam garantir — mediante atuação de ofício exercitada diretamente sobre o fornecedor — “produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho” (CPDC, art. 4.º, II, *a, c, e d*).

A relação jurídica de consumo pode, outrossim, estruturar-se trilateralmente, à semelhança da concepção de relação jurídica processual ainda preponderante, posicionando-se o Estado acima e entre as outras duas partes — o consumidor e o fornecedor — não só para exercer poderes corretivos das disfunções do mercado mas também para o fim de concretizar os princípios de “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo” e de “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” (CPDC, art. 4.º, III, primeira parte). Discernir essas três espécies de relações jurídicas de consumo tomando-se como critério diretor a função prevalente é de toda a importância. Sobrelevam os seguintes aspectos funcionais:

a) no esquema da relação jurídica bilateral em que são figurantes o Estado como titular de poderes funcionais e o fornecedor como sujeito passivo desses poderes, o órgão estatal está legitimado, tanto como o consumidor, à eliminação prévia dos riscos imputáveis a defeitos de informação; aqui predomina o objetivo de regulação da ordem pública econômica e da prevenção dos litígios no mercado de consumo;

b) no esquema da relação jurídica de consumo tripartite a atuação<sup>28</sup> estatal deve orientar-se no sentido do desenvolvimento da me-

dição social<sup>29</sup> entre agentes econômicos fornecedores e consumidores segundo os horizontes neoliberais do ordenamento constitucional (arts. 170, 173 e 174).

Notadas tais particularidades, cabe ao investigador adiantar-se para a adaptação do aqui chamado modelo de transparência pela informação eficiente às circunstâncias pressupostas e implicadas pelas três diferentes categorias de relações jurídicas de consumo indicadas. Por ora, basta talvez assinalar que, na segunda delas, o Estado, na medida em que cumpre a sua função de agente regulador da economia (CF, art. 174), faz com que o seu aparato especializado entre em confronto com outro tipo de organização — caracterizada pela busca racional do ponto ótimo na coordenação dos recursos econômicos com o fim de maximizar os lucros — isto é, a empresa — seja ela dirigida pelo modesto empresário individual ou por um gigantesco conglomerado societário transnacional nucleado numa *holding*.

Em situações como esta, a organização estatal — Estado-aparato<sup>30</sup> — encontra-se face a face com a organização empresarial: os comportamentos irracionais não têm espaço nesse confronto. De um lado deve estar a implementação do planejamento estatal da economia; no outro lado deve estar um agente econômico articulado para operar no mercado em caráter concorrencial naturalmente imperfeito (monopolização e oligopolização).

A empreitada *giusliberista*, numa economia não concorrencial em proporções assustadoras,<sup>31</sup> tem, na dominação racional do mercado por um reduzido número de grandes sociedades empresárias, o estímulo para uma plataforma racionalizadora das distorções concentracionistas, a ser realizada por um planejamento *soft*, cuidadosamente redimensionado para ajustes ou aperfeiçoamentos sistêmicos introduzidos via atuação estatal.

Em quadro semelhante, como é o do País, uma política efetiva (CPDC, art. 4.º, II) de proteção e defesa do consumidor<sup>32</sup> pode levar à aplicação do modelo de transparência pela informação eficiente à racionalização máxima, pragmática — mas sempre democraticamente<sup>33</sup> — detectável e imponível pela atuação espontânea e imediata dos órgãos estatais competentes. Preventiva, em específico, quanto ao cumprimento das normas jurídicas que reordenaram a distribuição dos riscos, numa etapa do ciclo econômico (o consumo), aglutinando-os, nas relações sociais de consumo, como deveres de esclarecimento e de aviso (deveres de informação) que envolvem e perpassam o pólo relacional onde se posiciona o fornecedor. Repressiva, quando

preciso for, mas não opressora, nem economicamente desestimulante (CF, arts. 1.º, IV; 170, *caput*).  
 “Palavrinho” — pensará o leitor, infalivelmente escalado na sua inteligência e dignidade de consumidor.

*Davvero*, responderá o autor; *eppur si muove*.

4. A fórmula “melhor consumir até...” Assentamentos conceituais. Conseqüências dogmático-jurídicas da interpretação textual

O PROCON (Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo) vem autuando fornecedores vários, principalmente supermercados, que ofertam (em sentido amplo, conforme os arts. 31 e 32, CPDC) produtos em cuja apresentação (igualmente em sendo largo); supra, n. 3) constam mensagens, pretensamente informativas ao consumidor, expressas em declarações como as seguintes:

- “Melhor consumir até...”;
- “Melhor se consumido até...”;
- “Melhor se consumido em...”;
- “Melhor consumir em...”.

Essas declarações referem-se ao termo final dos denominados “prazos de validade” (CPDC, art. 31) de produtos perecíveis em momento próximo ou diferido no tempo. Aquelas autuações têm sido fundamentadas neste citado artigo da lei protetiva do consumidor.

O assunto está a pedir alguns assentamentos conceituais, até mesmo para interpretar o apontado texto legal.<sup>34</sup>

A pergunta que se propõe é a seguinte: aquelas fórmulas efetivamente atendem ao objetivo de transparência nas declarações negociais para consumo, atingível pela eficiência da informação sobre os produtos, os serviços, e sobre o contexto mesmo em que as relações jurídicas de consumo formam-se e se expandem?

O contraste entre o regime jurídico informado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a disciplina de direito comum — a propósito dos padrões de informação e de transparência nas declarações negociais civis e comerciais, bem como nas relações jurídicas originárias dessas declarações — aquele contraste, em linhas gerais, foi tentado a partir do estabelecimento do significado e do sentido do conceito de motivo (supra, n. 1). Daí tornou-se passível de verificação que o princípio, regente no direito comum, é o princípio da irrele-

vância dos motivos, cuja rigidez pode ser atenuada por um outro princípio, o da inseribilidade dos motivos (CC, art. 90; supra, n. 1).

A luz do objetivo de transparência (art. 4.º, *caput*, CPDC) foi visto o modo pelo qual a proteção jurídica do consumidor, no que tem a ver com os motivos das declarações negociais para consumo, remete porém, lógica e axiologicamente, à emergência de um princípio de relevância dos motivos, cujo tratamento carecia de ser feito dentro no campo do microsistema aberto (art. 7.º, CPDC) ao qual teria pertinência o princípio revelado.

Explicou-se, então, que o grau de relevância dos motivos, os quais interferem na estimulação do agente para a prática de declarações negociais que o transformam em partícipe das relações jurídicas de consumo, pode ser convenientemente aferido por um controle exercitável pelo racionalismo crítico transposto num modelo teórico (dogmático) erigido a partir da simonização de vários e importantes "lugares paralelos" <sup>25</sup> coligíveis no texto legal. Nomeadamente, os já mencionados, arts. 4.º, *caput* (*verbo* "transparência") e incs. I, II e IV; 6.º, *caput* (*verbis* "direitos básicos") e incs. II, III e IV; 8.º, *caput*, última parte; 12, *caput*, última parte; 14, *caput*, última parte; 30 e 31; 46, segunda parte (*ex argumento*) e 47; 52, *caput*, segunda parte e incs. I-V (*ex argumento*); 54, *caput* e §§ 3.º e 4.º (*ex argumento*).

Essas indicações não são exaustivas nem há necessidade de que o sejam, por quanto decididamente importante é que a apontada simonização dogmática daquelas normas jurídicas permite impulsionar as cinco variáveis fundamentais, estabelecidas como estruturantes daquele modelo teórico de controle da transparência (retro, ns. 1 e 2), à cuja operacionalidade deverá servir a definição estipulativa de uma triade conceitual diferenciada no interior do princípio da informação (CPDC, art. 6.º, IV), e articulada nesse modo: informação eficiente/informação deficiente/informação insuficiente (retro, ns. 1 e 2). O modelo assim concebido para controlar o grau da informação em padrão eficiente rejeita de todo a deficiência, a hipereficiência (são ambas defeito de informação), e, por maioria de razão, a informação insuficiente (cf. as respectivas definições no n. 1, supra).

Imediatamente antes da formulação daquelas cinco variáveis integrativas do modelo teórico (dogmático) foi assinalada a sua interação para com o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4.º, I, CPDC). Imediatamente depois, esse arranjo foi interligado com o reconhecimento de um direito subjetivo

do consumidor à informação eficiente (art. 6.º, III, CPDC), enquanto posição jurídica subjetiva ativa correspondente aos deveres de esclarecimento e advertência (deveres de informação) impostos ao fornecedor, figurante na posição jurídica subjetiva passiva correspondente.

A ineleção conjunta dos arts. 6.º, I; 8.º e 9.º; 12, *caput* e § 1.º, e 14, *caput* e § 1.º, enseja a sintetização do princípio de responsabilidade do fornecedor pelos riscos de informação inerentes ao consumo dos produtos e dos serviços, para consistentemente sustentar os direitos subjetivos "básicos" do consumidor (CPDC, art. 6.º, *caput* e inc. I), funcionalizados à assegurar a prévia de seu titular "contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos", e também ao recebimento de "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço bem como sobre os riscos que apresentem" (CPDC, art. 6.º, *caput* e inc. III).

A investigação aqui dirigida às estruturas da codificação prosseguiu no diferenciar três espécies de relações jurídicas de consumo, que aparecem como principais no conjunto normativo, apontou um específico esquema relacional substancialmente plasmável, ao que parece, segundo os moldes tradicionais do sub-sistema de direito público. No pólo ativo dessa espécie de relação jurídica aparece o Estado, sobretudo para o exercício de poderes funcionais cujo destinatário é o fornecedor, o qual figura no pólo passivo da mesma relação, aliás exclusivamente bilateral (retro, n. 3), pois nela não é parte o consumidor.

Em apoio da atuação estatal no mercado de consumo — para eliminar preventivamente, dentre outras disfunções, os riscos imputáveis a defeitos de informação, e regular a ordem pública econômica mediante o evitamento de litígios — está outro princípio, expressamente positivado: o da ação estatal no mercado de consumo (CPDC, art. 4.º, II) para a finalidade de garantir, pelo intermédio da fiscalização diretamente exercitada de ofício sobre o fornecedor, "produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho".

Quando o aparato estatal, enquanto agente regulador do mercado de consumo, nele se defronta com organizações empresariais, não pode haver lugar para comportamentos irracionais e de mera "razabilidade", sobremaneira em conjuntura de concorrência imperfeita, caracterizada pela dominação racional do mercado por sociedades

empresárias monopolistas e/ou oligopolistas, e, num e noutro caso, possível ou efetivamente "cartoriais".

Ficou além disso assinalada o que se pode considerar uma junção do enfrentamento, nas sociedades industriais, entre os competentes aparelhos administrativos do Estado e as atividades empresariais. Dado o altíssimo nível de complexificação institucional<sup>36</sup> a que chegaram esses entes, uma efetiva política de proteção e defesa do consumidor (CF, arts. 5.º, XXXII, e 170, *caput* e inc. V) pode levar à aplicabilidade legítima do modelo de transparência pela informação eficiente ao grau máximo de racionalização das suas potencialidades e conseqüentes atuações controladoras.

A esse ponto, como igualmente já foi dito, há quase nenhum lugar para soluções transacionais,<sup>37</sup> tanto mais às alvitradas em juízo de "razoabilidade". O Estado tem por dever jurídico a proteção do consumidor pelo intermédio da atuação espontânea ou provocada dos órgãos públicos — legislativos, administrativos e jurisdicionais — sobre a ordem econômica estabelecida. Este é o princípio nuclear do direito do consumidor. Mas, por outro lado, o sentido e os limites da ação estatal sobre a economia, ou, em particular, sobre o assim chamado "mercado de consumo", estão previstos no ordenamento constitucional segundo um agrupamento normativo cujo cerne não comporta a degenerescência da atuabilidade estatal em interвенiсionismo (CF, arts. 170-175).

No seu próprio campo de regulação, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tratou logo em seu art. 1.º de explicitamente afirmar a própria posição dentro na ordem constitucional, interfuncionalizando-se aos fundamentos e aos objetivos que dão cerne fixo ao regime (CF, arts. 1.º, 3.º, e 170), na medida mesma em que estabeleceu os atinentes objetivos setoriais (CPDC, art. 4.º, *caput*) para a realização dos quais predispôs um correspondente círculo de princípios (art. 4.º, I-VIII). Recorde-se que os princípios do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da ação estatal no sentido de efetivamente protegê-lo (CPDC, art. 4.º, I e II) estarão em permanente e fecunda conflitualidade com os outros princípios do microsistema, em especial com o princípio da harmonização dos interesses de todos os participantes das relações de consumo e com o princípio da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (CPDC, art. 4.º, IV, primeira e segunda partes).

A complicação, entretanto, não pára por aí.

É que as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são de "ordem pública" e de "interesse social".<sup>38</sup> Uma análise atenta perceberá que estas expressões estão a significar sobreconceitos normativos *stricto sensu* posicionados entre uma zona de fronteira mais ou menos determinada — de vez que os princípios e normas constitucionais não cedem aos seus congêneres formadores do microsistema protetivo do consumidor — e uma zona de fronteira meramente determinável, porquanto os princípios e normas do microsistema, situados todos no mesmo degrau normativo, operam sob a lógica de uma acentuada alternância na preponderação, aliás afinada à natureza aberta e dinâmica do conjunto legal (CPDC, art. 7.º, *caput*).<sup>39</sup>

Entrelaçados nas linhas dessas fronteiras móveis têm de ser trazidos — de "sob" a Constituição para "dentro" do microsistema — os conceitos propriamente normativos "ordem pública" e "interesse social". Desta maneira descem eles do alto (por assim dizer) das estruturas conformantes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para o interior do respectivo sistema, passando assim a condicionar a hermenêutica toda do texto normativo e a respectiva aplicação. Nesse sentido é que podem ser denominados "sobreconceitos normativos".

A elaboração de juízos jurídicos concretos a partir desses dados normativos nada tem de fácil, a não ser admitidas ao seu dispor a panacéia universal da "razoabilidade" vácuca e derivações outras.<sup>40</sup> São muitas, ademais, as metologias (em que estão pressupostas ou embutidas matrizes ideológicas) que se irrogam a excelência nos resultados, ou que, modestamente, propõem-se como instrumentos alternativos para a busca da decisão jurídica ajustada, do *richtiges Recht*.

Enfatizando que os "assentamentos" deste n. 4 do presente estudo verticalizam-se desde o ponto de vista de uma espécie de relação jurídica de consumo, particularmente ligada aos enfoques tradicionais do sub-sistema de direito público administrativo — relação essa que tem como sujeito ativo o Estado, titulado para exercer, pelos seus órgãos competentes, poderes funcionais direcionados à proteção do consumidor — têm de ser ao menos aflorados os princípios (outros!) da finalidade e da razoabilidade administrativas, os quais levam à sempre apaixonante questão da discricionariedade,<sup>41</sup> e que, uma vez conjugados, remontam ao princípio constitucional (mais um!) da

legalidade da administração pública (CF de 1988, art. 37, *caput*). Mais complicação.

Acrescenta repetir o ensinamento de um prócer da ciência do direito administrativo brasileiro, ao versar aqueles princípios: "O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração" . . . "a raiz constitucional do princípio da finalidade encontrada no art. 37 da Lei Magna. Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de se alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais, ou mesmo ritualísticas".<sup>42</sup> Com o princípio da razoabilidade "enuncia-se . . . que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida" . . . "Com efeito, o fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas".<sup>43</sup>

Apreendidas essas noções não parece difícil sustentar que o modelo dogmático articulado, descrito e preconizado aqui — modelo de transparência nas declarações negociais para consumo e nas conseqüentes relações jurídicas de consumo — está clara e intencionalmente voltado à redução ou, talvez melhor, à eliminação tendencial da margem discricionária do órgão público incumbido de exercer o controle da transparência modelar segundo uma graduação dos dados informativos racionalizados ao ponto último (informação eficiente), de modo a poder rejeitar — pela opacidade que lhes é característica — a informação insuficiente como a informação deficiente e a hiper eficiente (defeitos de informação — supra, ns. 1 e 2).

Do ponto de vista da metódica ocupada em ministrar e administrar critérios, modos e meios para a formação de juízos jurídicos concretos — com base em conjuntos normativos de alta complexidade e sob interdependência e interação dinâmicas, fluidas e de qualquer modo incontornáveis — é preciso elaborar, para a consecução da transparência enquanto objetivo — *Transparenzgebot* —

instrumentos intelectuais estrutural e funcionalmente análogos àqueles que, no presente escrito, serão chamados conceitos simplesmente normativos. E isto, sempre e a cada vez que for possível. Nem sempre o será.

Entenda-se que esses chamados conceitos simplesmente normativos devem ganhar concretude nas declarações negociais para consumo e na constituição, no desenvolvimento, nas modificações e no encerramento das relações jurídicas de consumo mediata ou imediatamente originárias daquelas declarações (bastaria dizer, em síntese, que terão de se concretizar nas declarações negociais para consumo e nas suas circunstâncias e conseqüências).

Para fechar os assentamentos reunidos neste n. 4 persiste, entretanto a necessidade de atormentar o leitor resignado (se é que, a esta altura, sobreviveu algum ao aborrecimento) com outra estipulação definitiva:<sup>44</sup> a respeitante aos tais conceitos simplesmente normativos.

Os conceitos jurídicos têm uma função meramente instrumental. Conceitar é uma operação lógica, ou seja, intelectual, que possibilita resumir um certo número de conhecimentos passados e/ou presentes àquilo que eles têm de comum. Deste modo é criado um modelo mental que pode servir — e freqüentemente serve — como critério de reconhecimento e de ordenação de experiências futuras. Os conceitos jurídicos formam-se em razão de sua operacionalidade, isto é, na proporção em que, enquanto modelos, vêm funcionalizados à arrumação intelectual de setores da experiência para o fim de ser conseguido um máximo de economia de pensamento.

Os conceitos jurídicos não propiciam definições captatórias da dimensão ôntica dos objetos conceituados. São vistos como simples esquemas mentais, não verdadeiros nem falsos, dotados de função de ordenação e de síntese para ulteriores reconhecimentos da experiência futura, fazendo-se úteis ou necessários em exata função dos fins para os quais foram elaborados.

Medite-se nos seguintes exemplos: "Tratando-se de vício oculto o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficou evidenciado o defeito" (CPDC, art. 26, § 3.º); "Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias, pode o consumidor exigir . . ." (CPDC, art. 18, § 1.º); "Salvo estipulação em contrário, o valor orgão terá validade pelo prazo de 10 dias . . ." (CPDC, art. 40, § 2.º); "A locação de prédios pode ser estipulada por qualquer prazo" (CC, art. 1.200); "Salvo disposição em contrário, computam-se os prazos, excluindo-se

o dia do começo, e excluindo o do vencimento ... § 2.º. Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo-quinto dia. § 3.º. Considera-se mês o período sucessivo de trinta dias completos" (CC, art. 125).

Não por acaso, todas essas normas jurídicas estão direta ou indiretamente relacionadas à definição do que se deva juridicamente entender pela palavra "prazo". O conceito de prazo aparece como elemento constitutivo daquelas normas jurídicas, delas recebendo sentido, conteúdo e âmbito. Pode-se afirmar, a partir daí, que "prazo" é um "conceito jurídico normativo".

Insero no mundo das normas de direito, o conceito de prazo recente desse ambiente um significado peculiarmente jurídico; já não equivale a um "conceito de experiência"; já não tem simplesmente o significado comum de duração de um lapso de tempo dentro no qual algo possa ou deva acontecer, mas sim, como sabem os "iniciados", o significado de um trato de tempo que transcorre entre dois termos, o termo inicial e o termo final. O conceito jurídico normativo "prazo" realmente exige, para sua inteligibilidade textual,<sup>45</sup> a delimitação de outro conceito jurídico normativo: o "termo".

Termo, em sentido amplo, define-se como o momento a partir do qual começa (termo inicial) ou se extingue (termo final) a eficácia de um ato (*latissimo sensu*) jurídico. Isto importa desde logo em perceber que a definição que está no art. 81 do CC corresponde ao campo do conceito teórico (dogmático) "negócio jurídico", conceito, este, que, dentre outros elementos, separa-se, no plano da eficácia, do ato jurídico em sentido estrito, por ser suscetível de fixação de termo com base na declaração das partes. O ato jurídico em sentido estrito é "inaterrnável" e também "incondicionável"; não pode ter a respectiva eficácia temporal (prazo) delimitada pelos figurantes, mediante a estipulação de um termo inicial e de um termo final.

Vê-se que o conceito jurídico normativo "prazo" tem a respectiva inteligibilidade integrada num sistema de normas e dele depende para ser "representável" e "compreensível",<sup>46</sup> segundo uma lógica específica — isto é, um modo peculiarmente jurídico de pensar o sistema — mas não implica juízo de valor<sup>47</sup> constitutivo do significado e do sentido do conceito.

Se os termos do prazo estiverem determinados com precisão o juízo do consumidor resumir-se-á numa mera constatação do fato da "validade" ou do vencimento do produto.

Os conceitos de prazo e termo são aqui denominados *conceitos jurídicos simplesmente normativos* porque o seu "volume normativo" não precisa de um "preenchimento valorativo". Os conceitos normativos, no senso próprio e estrito da lógica jurídica material, prendem-se a um grau superior de complexidade lógica e axiológica porquanto é sempre necessária uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito propriamente normativo.<sup>48</sup>

Ao contrário dos conceitos simplesmente normativos, os conceitos propriamente normativos não se prestam à *subsunção*. Se "uma predisposição caracterológica é "indigna", se um motivo é "vil", se um escrito é "pornográfico", se uma representação é "hasfemã" ... , isso só poderá ser decidido com base numa valoração. Os conceitos normativos desta espécie chamam-se conceitos "carecidos de um preenchimento valorativo". Com esta horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de atos de valoração".<sup>49</sup>

A escolha do prazo para exemplificar as idéias imbricadas na expressão conceito simplesmente normativo — claro está — não foi casual.

Desde o início desses chamados assentamentos, que infelizmente se alongaram, foi levantada uma pergunta que deveria haver encontrado resposta imediata no art. 31 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (*verbis*: "prazos de validade"), o qual, dentre outras prescrições, exige que constem "na oferta e apresentação de produtos ou serviços", para assegurar o consumidor, "informações corretas, claras, precisas".

Os "prazos de validade" a que se refere aquele art. 31, CPDC, apresentarão informação correta, clara e precisa — isto é eficiente no objetivo de transparência (CPDC, art. 4.º, *caput*) — somente quando, na declaração negocial de "apresentação" (no sentido restrito de embalagem — CPDC, arts. 30 e 31), estiverem explicitamente demarcados o termo inicial e o termo final da consumibilidade (art. 4.º, *verbo* "transparência"; art. 6.º, I, III e VI; art. 8.º, última parte; art. 12, *caput*, última parte; art. 14, *caput*, última parte etc.).

Privatistas e publicistas estão acostumados a distinguir do "termo determinado" o "termo indeterminado", caracterizando-se este último quando, para o tempo de eficácia dos atos jurídicos *sensu latissimo*, não houver fixação de um momento preciso de início ou de extinção (p. ex., "desde 31. 12. 92 até 31. 12. 93").

Repare-se que nada obstante essa diferenciação, os “prazos de validade” do produto ou do serviço, conforme a interpretação textual do art. 31, CPDC, têm de corresponder — sempre e necessariamente — a tempo determinado, a tempo certo, por isso que as “informações”, às quais se refere a letra mesma daquele art. 31, têm de ser “claras e precisas”.<sup>50</sup>

Informações “claras e precisas” e “prazos de validade” sem termo final determinado não são prescrições conciliáveis por interpretação textual do art. 31, CPDC.<sup>51</sup>

Ou nas declarações dos “prazos de validade” vem exatamente determinado (= termo final certo) o momento a partir do qual o bem já não pode mais ser consumido sem riscos e/ou sem danos — e então a informação é precisa (= eficiente), como impõe o texto do art. 31 — ou há termo final indeterminado, incerto, e se configura informação imprecisa (= informação deficiente e hiperficiente, ou defeito de informação). Af, o modelo de transparência rejeita a declaração comercial pseudo-informativa por deficiência, tratando-a como ilícito decorrente do inadimplemento dos deveres de informação, e prática abusiva (portanto igualmente contrária a direito) consistente em transferência dissimulada, ao consumidor, dos riscos de consumo.

O chamado “elemento subjetivo” do fornecedor é de nenhuma relevância. Prevalecem objetivamente os sobreconceitos de “ordem pública” e “interesse social” (CPDC, art. 1.º), conformando-se, outrossim, uma possível exatidão de interpretação, e a conseguinte exclusão da discricionariedade e de atos valorativos para interpretação.

As expressões “melhor consumir até...”; “melhor consumir em...”, não atendem em grau de eficiência ao conceito simplesmente normativo expresso na locução “prazos de validade”, porque não assinalam o respectivo termo final de maneira a — em si e por si mesmas — ministrar ao consumidor informações corretas, claras e precisas (= eficientes), em modo que não implique uma co-participação do consumidor na determinação do conteúdo da mensagem.

Expressões como “melhor consumir até...”; “melhor se consumir em...”, e outras parelhas, constroem o consumidor a exco-gitar juízos em que sobressaem uma ou mais valorações pessoais interpretativas da opacidade gerada pela ambigüidade<sup>52</sup> da declaração comercial integrante da oferta para consumo (no sentido amplo dos arts. 31 e 32, CPDC). Vêm descumpridos os deveres de informação impostos pela lei ao fornecedor, quando, mediante um expediente

lingüístico, são transferidos ao consumidor os riscos e prováveis danos consecutórios ao defeito de informação.<sup>53</sup>

Caracterizase — por todas as consequências da análise aqui exposta — a ilicitude das declarações comerciais que não determinam, por “informações precisas”, os termos inicial e final “dos prazos de validade” dos produtos e serviços (CPDC, art. 31).

Respeitado o modelo prescritivo de eficiência pela informação e o círculo de princípios pontilhado neste trabalho constata-se que uma diversa conclusão implicaria, sem assinalação de preponderância na ordem dos valores emergentes:

- 1) uma afronta auto-evidente ao objetivo de transparência nas declarações comerciais para consumo e nas conseguintes relações jurídicas de consumo (CPDC, art. 4.º, *caput*);
- 2) a frustração do basilar princípio de informação (CPDC, arts. 4.º, *caput* (verbo “transparência”) e incs. I, II e IV; 6.º, *caput* (verbs: “direitos básicos”) e incs. II, III e IV; 8.º, *caput*, última parte; 12, *caput*, última parte; 14, *caput*, última parte; 30 e 31; 46, segunda parte (*ex argumento*) e 47; 52, *caput*, segunda parte e incs. I a V (*ex argumento*); 54, *caput* e §§ 3.º e 4.º (*ex argumento*);
- 3) uma confirmação patológica do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (CPDC, art. 4.º, I);
- 4) a circunvenção ao princípio constitucional de defesa do consumidor enquanto pessoa em sentido ético-jurídico e como agente econômico (CF, arts. 5.º, *caput* e inc. XXXIII; 170, *caput* e inc. V);
- 5) o cerceamento do princípio da ação governamental no mercado de consumo no sentido de prevenir e coibir disfunções e distúrbios no setor (CPDC, art. 4.º, I);
- 6) a obstrução da efetividade na proteção do consumidor, desatável espontaneamente pelos órgãos administrativos para assegurar e preservar a ordem pública (CPDC, art. 1.º);
- 7) um retardamento incompatível com a urgência típica ao interesse social (CPDC, art. 1.º).

#### NOTAS

1. Roberto Campos, “Anatomia do estatismo”, in *Além do Cotidiano*, Rio, ed. Record, 1985, p. 13.
2. Cf. Toshiro Mukai, “Comentário ao art. 4.º da Lei 8.078, de 11.9.90, in *Juarez de Oliveira* (coord.), *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 10-12. Demais de não anotar o erro evidente, apontado no texto, aquele mesmo autor incorre, por sua vez, neste

outro erro, próprio e indesculpável: "O que na realidade convém sublinhar é que norma sem sanção, embora norma, é ineficaz" (sic!). V. infra, no texto, o n. 2, sobre a função normativa do art. 4.º CPDC.

3. Definição estipulativa é procedimento lógico que consiste em propor, para um termo já em uso, um significado novo. Dada a natureza prescritiva da definição por estipulação, ela não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas apenas oportuna ou inoportuna relativamente aos fins que se pretendem no momento de fixá-la. Uma espécie de definição estipulativa é a redifinição ou definição explicativa, pela qual vem precisado o significado de um termo, reduzindo-se-lhe o campo de incerteza, ou — sempre sem deslucido de seu próprio significado léxico — demarcando-lhe o respectivo emprego a um dentre os vários significados para os quais já estar a ser usado (cf. Norberto Bobbio, *Teoria della Norma Giurídica*, Turim, G. Giappichelli Ed., 1958, pp. 16-17; Mario Jori e Ama Pintore, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Turim, G. Giappichelli, 1988, p. 4).

4. As palavras "resíduo" e "derivacões" utilizam-se aqui de acordo com a redefinição de Vilfredo Pareto, *Traité de Sociologie Générale*, Paris, Payot, 1932, v. 1, §§ 842 e ss., cuja profundidade e riqueza podem ser apenas recordadas. Segundo Pareto a ideologia (ou, segundo a expressão de Pareto: a "teoria") tem dois ingredientes, os "resíduos" e as "derivacões"; aqueles são "manifestações de sentimentos", essas "compreendem argumentos lógicos, sofismas; manifestações da necessidade de dar razões sentidas pelo homem" (ob. cit., v. 2, § 1.401, p. 789).

5. V. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, São Paulo, (se.), 1986, pp. 210-212.

6. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, v. 3, § 269, pp. 101-102, sem gritos no original.

7. Neste passo o autor ousa divergir de Nelson Nery Jr., que sustenta haver no art. 49, CPDC, uma "denúncia vazia do contrato de consumo" (cf. o respectivo escólio àquele art. 49 in Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio, Forense Universitária, 1991, p. 328 (7)). Ao ver de quem escreve, o vocábulo "denúncia" convém reservar-se para designar "a declaração negocial unilateral e receptícia que marca termo final à relação jurídica contratual com duração indeterminada". A operabilidade da denúncia põe-se no plano da eficácia do negócio jurídico, porque extingue, *ex nunc* — isto é, desde logo — a relação contratual, preservando-se, porém, todos os efeitos negociais já desencadeados. A resolução também extingue a relação contratual e, pois, opera igualmente no plano da eficácia, mas com força desconstitutiva *ex tunc*, ou seja, desde o primeiro instante eficaz, de maneira que as partes e o objeto contratuais devam ser reconduzidos à situação imediatamente anterior à conclusão do contrato (V. Alcides Tomasevici Jr., "Comentário ao artigo 6.º da Lei 8.245, de 18.10.91", in Juarez de Oliveira (coord.), *Comentários à lei de locação de Imóveis Urbanos*, São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 68-75). A reposição das partes e do objeto do contrato ao *status quo ante* caracteriza a eficácia da "desistência do contrato" (art. 49, CPDC) como exercício de poder de resolução da relação jurídica contratual (e não "do contrato"), sem inadimplemento.

8. Nelson Nery Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* cit., p. 326, (4). Sem gritos no original.

9. A contragosto de quem escreve, fica no texto o vocábulo "verdadeiras", o que implica, ao menos em aparência, um pretensioso juízo de valor, passível de difícil fundamentação. Melhor seria, talvez, empregar a palavra "verossímeis", e recomendar, ao leitor amigável, o trabalho do genial Piero Calamandrei, "Verità e verosimiglianza nel processo civile", in *Opera Giurídiche*, Nápoles, Morano Ed., 1972, v. 5/615-640, onde, aliás, o problema, antes de mais nada, vem situado e repropósito com a mesura de sempre: "Possibile è ciò che può esser vero; verosimile è ciò che ha l'apparenza di esser vero. Probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero... Ma queste differenze non hanno un preciso riscontro nel vocabolario dei giuristi" (pp. 620-621). A conclusão do maravilhoso *avvocato di Firenze* antecipa e ilustra o que no texto e na ulterior nota (12) se afirma: "Anche se siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere la verità assoluta, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si possa alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche si è convinti che la sentenza finale non può essere altro che un giudizio di verosimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ciò non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verità, in modo que lo scarto tra questa e la verosimiglianza si riduca al minimo" (ob. cit., pp. 639-640). *Si parva licet componere magnis*, a uma função quase análoga destina-se a elaboração do modelo de transparência pela informação eficiente, intentada neste modesto ensaio.

10. "Este processo de destruição criadora é básico para entender o capitalismo. É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda empresa capitalista para sobreviver" (cf. Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Rio, ed. Fundo de Cultura, 1961, p. 106). "O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista" (idem, p. 105). Nos seus deslumbrantes estudos sobre a formação da mentalidade do capitalismo Werner Sombart ocupou-se da essência do "espírito de empresa" com a superior sensibilidade do sábio literato: "Llamamos empresa (en su más amplio sentido) a toda realización de un plan de gran alcance cuya ejecución requiere la colaboración permanente de varias personas bajo el signo de una voluntad unitaria. "De un plan de gran alcance": esto descartaría ocurrencias súbitas e impulsivas... De lo que se trata siempre es de persuadir al comprador (o vendedor) de las ventajas que supone el cerrar el trato. El ideal del vendedor se alcanza cuando la población entera no concibe ya nada más importante que la compra del artículo por aquél recomendado; cuando se apodera de las masas el pánico pensando que no llegan a tiempo de comprar dicho artículo (como ocurre en épocas de febril agitación en el mercado de valores...) Despertar interés, ganarse la confianza, activar los deseos de comprar: en esta atmósfera se pone a prueba la eficacia del comerciante afortunado. De

que forma se llegue al feliz resultado es otra cuestión" (Werner Sombart, *El Burgués*, Madri, Alianza Ed., 1972, pp. 63 e 67).

11. "Por ora, desejamos que se atente ao especial significado da palavra-criticismo ... Aplica-se a todo e qualquer sistema que busque preliminarmente discriminar, com todo rigor, os pressupostos ou condições em geral do conhecer e do agir. Criticar significa indagar das raízes de um problema, daquilo que condiciona, lógica, axiológica ou historicamente, esse mesmo problema. Toda vez que indagamos dos pressupostos ou das razões de legitimidade ou da validade de algo, estamos fazendo sua "crítica" (Miguel Reale, *Introdução à Filosofia*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 26).

12. Fique adverteido o leitor de que o racionalismo, que se considera pressuposto no modelo enquanto instrumento teórico (prescritivo, no caso), vem decididamente subordinado — ao menos na intenção do autor — àquele chamado, por um dos maiores pensadores do século, "racionalismo crítico", em cuja concepção se entranha uma "concessão mínima ao irracionalismo" (Sir Karl Popper, *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Belo Horizonte, ed. Itatiaia, 1987, v. 2/239). "Meu modo de usar o termo "racionalismo" pode tornar-se um tanto mais claro, talvez, se distinguirmos entre o verdadeiro racionalismo e o falso ou pseudo-racionalismo. O que chamo de "verdadeiro racionalismo" é o racionalismo de Sócrates. É a consciência das próprias limitações, a modestia intelectual dos que sabem quantas vezes erram e quanto dependem dos outros, até para esse conhecimento. É a verificação de que não devemos esperar demasiado da razão, de que a argumentação raras vezes resolve uma questão, embora seja o único modo de aprender — não a ver claramente, mas a ver mais claramente do que antes" (Popper, *ob. cit.*, pp. 234-235, sem grifos no original). Como observou lucidamente, em teoria econômica, Bety Mindlin Lafer, o "Planejamento nada mais é do que um modelo teórico para a ação. Propõe-se organizar racionalmente o sistema econômico a partir de certas hipóteses sobre a realidade. Naturalmente, cada experiência de planejamento se afasta de sua formulação teórica, e o que é interessante na análise dos planos é justamente separar a história do modelo e verificar por que os fatos ocorreram de forma diversa da prevista ... A previsão é feita através de escolhas variáveis para explicar a situação. Não há, necessariamente, uma relação determinista entre as variáveis e o fenômeno explicado. Mas uma correlação estatística — o conceito de causalidade é probabilístico. Supõe-se que haja regularidade nos fenômenos e que as relações estruturais se repitam, ou seja, supõe-se que os acontecimentos não sejam únicos e a história não se dê ao acaso. As variáveis usadas no modelo explicam sempre uma certa porcentagem do fenômeno — o resto é atribuído ao acaso, ao que não pode ser analisado racionalmente. O fracasso ou não do planejamento está obviamente ligado à exclusão de variáveis importantes ... A principal deficiência dos planos, porém, talvez se deva a fatores em geral não passíveis de inclusão em modelos, ao que Maquiavel atribuiu à fortuna, e costumamos chamar de irracional ou aleatório" (cf. Bety Mindlin Lafer, "O conceito de planejamento", in *Planejamento no Brasil*, São Paulo, ed. Perspectiva, 1975, pp. 7 (apresentação) e 26-27; grifos não originais).

13. Em duas oportunidades ouviu o autor essa qualificação, que é de Eros Roberto Grau: a primeira vez, a 27.9.90, em conferência proferida pelo

professor paulista na Faculdade de Direito da UFMG; a segunda vez em comunicação apresentada pelo mesmo professor numa das sessões plenárias do 3.º Congresso Internacional de Defesa do Consumidor, que teve lugar em Canela-RS, de 10.5.92 a 14.5.92.

14. Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 153. Sem qualquer intento de polémica, parece ao autor que a chamada norma-objetivo é daquelas denominadas por Norberto Bobbio "normas secundárias de interpretação", posicionando-se, assim, no âmbito da conhecida dicotomia "normas de comportamento (primárias)/normas de organização (secundárias)", magistralmente redenhada pelo grande jurista-filósofo e politólogo italiano, V. a propósito Norberto Bobbio, "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires", in Ch. Perelman (coord.), *La Règle de Droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1971, pp. 104-122. O foco com que o Prof. Eros Grau tem continuamente iluminado o território das normas-objetivo, erigindo-as em categoria autónoma, impregnando-as de justificação prática e de conotações ideológicas de muita importância para a dogmática do CPDC, infelizmente não poderá ser ampliado nos lindes acanhados do presente estudo.

15. Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas cit.*, p. 152. Entenda-se por "racionalidade", neste passo, o complexo de elementos e atributos que não têm na sua origem acidentes factuais meramente contingentes, mas sim uma ou mais conexões de sentido que mantêm coesas muitas vezes incontáveis significações de um (macro ou micro) sistema jurídico.

17. Não há como percorrer aqui o leito dos rios de tinta já despendida para tentar delimitar por definições "essencialistas" os conceitos de "ordem pública" e de "interesse social" muito embora esforços para o desempenho espinhativo dessas tarefas sejam agora inadivéis em face do art. 1.º, CPDC. Não basta evocar as noções correntes que retêm a especificidade da "ordem pública" no carácter cogente das normas jurídicas, que a revelam como o conteúdo delas próprias, ou que a ela se instrumentalizam, quando a "ordem pública" vem posta como um fim a ser realizado. Nem é suficiente, por sua vez, entender por "interesse social" todo aquele que, não sendo público, é indisponível por parte de seus titulares privados, pela alegada razão de que a importância do objeto, ou do objetivo, a que se refere tal interesse, transcende a órbita das esferas jurídicas dos particulares. Vejase, adiante, no texto, o n. 4, onde as locuções "ordem pública" e "interesse social" serão abordadas como expressão de conceitos normativos sobrepostos, ou sobre-conceitos operantes no sistema do CPDC.

18. A título de lembrete, vale repetir o excepcional didata da hermenêutica jurídica cujas lições trouxeram à baila, no Brasil, a chamada "lógica do razoável", a qual infelizmente passou a servir de prótese às vezes grosseira para argumentos humilhantes, paraplégicos, tetraplégicos, e, como sempre, galimatúsicos. Tanto mais falado quanto menos lido, Luis Recaséns Siches concluiu: "Cuando experimento que los métodos de la lógica tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado indudistible, frente a esos métodos non opongo un

acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la razón aplicable al caso; es la razón que nos permite dominar el problema . . .” Observa Ortega y Gasset que “ . . . Para mí es razón, en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con el trascendente. Lo demás no es sino . . . puro intelecto; mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte el hombre, luego lo estraga, y, por fin, le desespera y le hace despreciarse a sí mismo” (cf. Luis Récasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 129-130).

19. Esta conhecida sentença de Cícero significa “Não há lugar para o meio termo”. Certo, é retórica; mas provavelmente apropriada para desautorizar contorções interpretativas na matéria sob análise, e obstruir a instalação furtiva de portas de fundo nas paredes sólidas das intencionalidades normativas objetivadas.

20. O princípio da boa-fé objetiva está sediado na última parte do inc. IV ao art. 4º, CPDC, e representa um acréscimo explícito e intencional ao ordenamento jurídico brasileiro, malgrado a descença e mesmo a hostilidade que envolvem a proteção da confiança e do comportamento honesto (cuja matriz historicamente mais próxima está no BGB, § 242), por parte de todos os agentes no tráfico dos negócios e pelos chamados operadores práticos do direito. Nem mesmo o excepcional Pontes de Miranda deixou de oferecer a resistência característica da *Begriffsjurisprudenz* aos padrões de ética jurídica que, na Alemanha, na França, na Espanha, e ultimamente na Itália e em Portugal, desenvolveram-se esplendorosamente (v. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* cit., v. 3, § 327, 3, pp. 331-332; em sentido contrário, v. por todos, Karl Larenz, *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Madrid, ed. Civitas, 1985, especialmente caps. II, III e V). Pontes de Miranda — é preciso reconhecer — nos ulteriores volumes do *Tratado de Direito Privado* cit. retificou o seu pensamento sem contudo advertir o leitor para essa vã mudança.

21. É sempre bom recordar que, nas sociedades industriais et post, onde impera a concorrência imperfeita, monopolística ou oligopolística, as organizações empresariais “são sujeitos que sujeitam”, os consumidores (bem como a grande massa de assalariados) são “sujeitos que se sujeitam”. O poder econômico desencadeia o poder de dominação no mercado, este, de seu turno, expande-se ao nível de poder contratual. Essas projeções de ordinário favorecem abusos de poder, juridicamente tratáveis como ilícitos. O CPDC tem todo um arcabouço apropriado à “Proteção Contratual”, do utente inclusive, em face dos órgãos públicos (cf. Cap. VI, arts. 46-54; 4º, inciso VII; 22; 6º, VII). V. a nota seguinte.

22. As idéias simplesmente apontadas nesse lugar têm como base o livro de Ralf Dahrendorf, *Legge e Ordine*, Milão, Giuffrè, 1991, especialmente pp. 133 e ss. “La risposta al problema di “legge e ordine” può riassumersi in due sole parole: costruire istituzioni. Può sembrare un sistema non molto originale e poco pratico e, certamente, non si tratta di una medicina

risolutiva, ma è comunun que una risposta democratica ed è forse l'unica che merita questo nome” . . . “Le istituzioni ci proteggono dalla selvaggia ingor-digia altrui verso le cose e il potere. Esse mettono in grado di organizzare a buoni fini la nostra solidarietà con gli altri individui. Soprattutto, però, ci offrono la cornice entro la quale “l'antagonismo” che motiva tante azioni umane può essere trasformato in forza per il progresso. E solo dall'interno delle istituzioni che speriamo di migliorare la qualità della nostra vita. Le istituzioni non sono soltanto una necessaria condizione di libertà, come le costituzioni sono una condizione necessaria per il rispetto dei diritti umani e per uno controllo sistematico del potere, ma esse rappresentano anche la materia che ha bisogno di essere plasmata e modelata per dare espressione al desiderio di una maggiore libertà per un numero sempre crescente di persone” (cf. Dahrendorf, *Legge e Ordine* cit., pp. 132 e 136-137).

23. Na sociedade aberta — que ainda é um projeto para o Brasil (CF, arts. 1º e 3º) — as pessoas estão em posição de melhorar por si mesmas, graças, decisivamente, ao seu esforço individual, a própria vida. Naquelas sociedades, a palavra “cidadania” passou a significar possibilidade de opção. “Com essa intendeva participação, entrare economiche dignitose, ed anche mobilità sociale” (Ralf Dahrendorf, *Legge e Ordine* cit., p. 107). “La politica economica e sociale può e deve essere informata ancora al perseguimento di migliori chances di vita per ogni membro della società, che è quanto dire *cittadinanza per tutti*” (Dahrendorf, ob. cit., p. 166, sem grifos no original).

24. Esse modo de explicar a formação do contrato como negócio no mínimo bilateral, integrado pela eficácia de pelo menos dois negócios jurídicos unilaterais (a oferta e a aceitação), o autor apreendeu da obra de Pontes de Miranda, talvez o único jurista do País que tenha captado na sua inteireza o modelo do Código Civil, desentendido, acrescenta-se, por todos aqueles que vêm interpretando e aplicando esse monumento jurídico excelente sob o viés da “união de vontades”, à qual usualmente recorrem os autores franceses e italianos cuja base dogmática não corresponde às fundações próprias da lei nacional brasileira.

25. Sobre “el modo de vigencia de los principios”, Karl Larenz, *El Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica* cit., pp. 191-202. Luiz Diés-Picazo, o grande privatista espanhol que traduziu o original alemão (cf. Karl Larenz, *Rechtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, Munique, C.H. Beck, 1979, pp. 174-185), verteu a expressão *Geltungsweise* à forma castelhana “modo de vigencia”. Validade (conceito lógico-jurídico) não é o mesmo que vigência (conceito axiológico-jurídico).

26. Oeria (em sentido estrito), apresentação e publicidade compõem, no todo ou parte, negócios jurídicos unilaterais para consumo, subordinando-se, pois, às regras dos arts. 46 e 47, CPDC, *ex argumento*, até porque como está explicado no texto a teor do art. 35 da mesma lei, a oferta (*lato sensu*) tem eficácia obrigacional coextensiva à eficácia contratual.

27. Os poderes funcionais (em terminologia inadequada “poderes-deveres”) têm este nome porque vêm atribuídos para a consecução de um fim que é de interesse público e porque a este fim devem permanecer aderentes nos momentos em que sejam exercitados, a ponto de ser necessário que todo ato ou atividade implicado no respectivo exercício — quando não estiver manu-

denciadamente regulado por lei — não possa deixar de ser posto em prática, pelos órgãos legitimados a desempenhar as funções, com todo o rigor decorrente da exigência de consonância integral entre a finalidade que se busca em favor do interesse público e o exercício mesmo do poder concedido. O titular de um poder funcional tem de exercitá-lo, assegurando ao mesmo tempo um interesse (público, no caso) que pode perfeitamente estar em contrariedade com os interesses próprios dele, órgão titular. No direito público, dentre os poderes funcionais a figura mais importante é o poder discricionário ou discricionarie-dade (Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Pádua, Cedam, 1975, v. 1/184). Em direito privado são exemplos de poderes funcionais o pátrio poder e os poderes dos órgãos da administração de uma sociedade: trata-se de poderes atribuídos para a realização de um interesse coletivo que pode deixar diverso do interesse do titular desses poderes, o qual todavia não pode deixar de adequadamente atuá-los, sob pena de ser desistido da posição jurídica a que está predeterminada a desincumbência da função e subsequente consequência do fim. Sobre o poder (funcional) discricionário, ultra, notas 41 e 42.

28. Note-se que a Constituição Federal de 1988 já não menciona a intervenção do Estado na ordem econômica, e sim o menos, que consiste na atuação estatal (arts. 173 e 174): "... mantendo a orientação da Constituição anterior, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indutivo para o setor privado" (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, pp. 536-537). Fica a ressalva de quem escreve em não concordar em que a vigente Constituição da República tenha mantido o estatalismo do ordenamento outorgado que a preceder, bem como os respectivos "valores superiores" (Constituição espanhola, art. 1.º), os quais, na Constituição brasileira em vigor, concentram-se, mas não se esgotam, nos arts. 1.º e 3.º.

29. Mediação política, entenda-se, enquanto atividade reguladora da existência coletiva pelo exercício de um poder decisório na luta entre interesses sociais contraditórios (conflitos sociais) e entre aqueles que disputam uns contra os outros a titularidade ou o exercício dos poderes de mando. Poder decisório, para, em última análise, desencadear a força institucionalmente organizada. V., *infra*, a nota 35.

30. Dentre outros privatistas italianos de vanguarda, também Francesco Galgano cuidou de divulgar num livro escolar a distinção entre "Estado-ordenamento" e "Estado-aparato". Eis, resumidamente, o que se lê naquele livro a respeito dos dois primeiros conceitos. Estado-ordenamento é locução pela qual se designa o Estado como ponto de referência do conjunto totalidade das normas jurídicas positivadas por um mesmo poder soberano, ou, pelo menos, reconhecidas, como válidas e eficazes, para a coletividade submetida àquele poder soberano. Fala-se de Estado-aparato para indicar os aparelhamentos componentes da organização estatal que são necessários para a atuação do mesmo poder soberano. Os aparatos orgânicos titulares das funções mais características do Estado são os encarregados de editar, controlar e cumprir as normas jurídicas emanadas da própria entidade estatal. São exemplos de órgãos do aparato de Estado o Congresso Nacional, investido em

funções legislativas; os órgãos investidos de poder jurisdicional isto é, os juizes e tribunais; a administração pública, a qual incumbe, pelos seus muitos órgãos, cumprir com a executividade ordinária das leis (em sentido material).

V. Francesco Galgano, *Diritto Privato*, Pádua, Cedam, 1984, p. 12.

31. Pode-se licençar ao leitor para remetê-lo a Alcides Tomasetti Jr., "Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário", in *Diritto do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 1992, n. 1, pp. 16-26.

32. Efeetividade não convém confundir com eficácia. Esta é conceito lógico-jurídico opera no "mundo do direito"; aquela é conceito sociológico e significa prática socialmente constatável dos programas de regulação contidos nas normas de direito. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assim, já é integralmente eficaz; será todavia efetivo desde o momento em que for de fato obedecido, no todo ou em parte, quer compulsória quer voluntariamente.

33. Retomando a linha de raciocínio documentada na nota 21, retro: "La costruzione delle istituzioni ... deve iniziare da principi di base. Democrazia significa ricerca di progresso in un mondo di incertezza. La sua costruzione deve rendere il cambiamento possibile, ma, al tempo stesso, deve sottrarre ogni innovazione all'arbitrio del pochi. Questo significa creare le condizioni per l'iniziativa, ma anche per il controllo, e collegare entrambi ai diritti e agli interessi dei cittadini. Per lungo tempo il problema è stato il controllo; si è guardato ad ogni forma di autoritarismo come ad un governo usurpante potere per quanto benevolo esso potesse essere. Ma oggi il problema principale è quello dell'iniziativa. Le istituzioni debbono incoraggiare l'iniziativa senza annullare i meccanismi di controllo" (cf. Ralf Dahrendorf, *Legge e Ordine*, cit., p. 147; grafos não originais).

34. Aceitando-se como definição de signo "alguma coisa enquanto substitui outra, representando-a para alguém, sob certos aspectos, e dentro em certas medidas", e como referente da palavra texto um "conjunto de signos", não será surpresa terminológica definir-se texto ligando-se o vocábulo a uma acepção genérica significante de "um processo de signos que tendem a eludir seus referentes, tomando-se referentes de si mesmo e criando um campo referencial próprio". Neste sentido, pode falar-se de "interpretação textual", especialmente sustentada, neste escrito, para o art. 31, CPDC.

35. O levantamento e a correção interpretativos, que levam a falar em "lugares paralelos", compreendem a consideração das outras regras jurídicas que constituem o complexo normativo em que se integra a figura ou mesmo o instituto de direito que está no conteúdo da norma interpretanda, de modo a compor um regramento referível à mesma matéria (contexto normativo, contexto legal) que já é resultado das funções hermeneúicas da ciência (dogmática) jurídica. Significa isto que podem ser e têm sido contestadas a índole e a função da ciência do direito em senso estrito (dogmática jurídica), por isso que a sua operabilidade está dirigida e centrada sobre problemas de funcionamento ou de efetivação prática das decisões jurídicas, e não sobre problemas gnoseológicos. Parte componente da fenomenologia jurídica — diz-se mundo da realidade vital dos ordenamentos jurídicos, a dogmática — jamais poderia edificar-se como teoria autônoma pelo fato de não lhe ser

possível uma auto-referência em face daquela realidade. Eis porque, neste estudo, a alusão a dados teóricos ou científicos está sempre acompanhada dos vocábulos “dogmático”, “dogmática”, contingência, porém, que não é discutida nem infirmada somente porque extravasaria dos propósitos do autor.

36. “Complexificação institucional” tem a ver, neste lugar, com uma noção da teoria geral do direito concebida como disciplina científica que estuda os “aspectos formais” do mundo jurídico, isto é, as respectivas estruturas (e.g., a articulação que é própria do ordenamento jurídico como sistema (= totalidade ordenada) caracterizado pela sua conexão interna e especifica entre “normas primárias” e “normas secundárias”. Essas são ideias de Norberto Bobbio, como também as seguintes, nas quais se mantém, com consciência metodológica, a abordagem preponderantemente formal: “Perché si possa parlare di istituzioni, non basta che vi siano regole di condotta” — uma organização, fondata su regole, del gruppo stesso attraverso la determinazione dei fini, dei mezzi e degli organi del gruppo. Fa parte generalmente dell'organizzazione del gruppo la produzione di regole secondarie per l'osservanza e l'esecuzione delle regole primarie, cioè l'istituzionalizzazione delle sanzioni. Si dice che un gruppo si organizza quando passa della fase della sanzione incontrollata a quella della sanzione controllata. E di solito si chiama gruppo giuridico, con una parola pregnante, “istituzione”, un gruppo a sanzione istituzionalizzata” (Norberto Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica* cit., pp. 196-197). Não se identificam, como é óbvio, os referenciais de Ralf Dahrendorf, retro, nota 31, e de Norberto Bobbio, quando empregam a palavra “instituição”. O excerto do autor italiano transcrito nesta nota não contém grafos no original.

37. Basta lembrar que a transação, contrato de direito privado cujo esquema tem sido transferido e preconizado para o “mercado político” e para as “compensações sociais” — haja vista o *trade off* no liberalismo atual — juridicamente pressupõe, no subsistema de direito civil, tão-somente a disponibilidade de “direitos patrimoniais de caráter privado” (CC, art. 1.035), o que, em linha de cogência, entra em rota de colisão com os sobreconceitos normativos “ordem pública” e “interesse social” (CPDC, art. 1.º). V. retro, nota 17.

38. Supra, nota 17.

39. “Os direitos previstos neste Código não excluem outros ... como os que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade” (art. 7.º, *caput*, CPDC). Como lugares paralelos são de registrar o princípio da boa-fé objetiva (art. 4.º, III, última parte); a cláusula geral do inc. IV ao art. 51, e o § 1.º a esse mesmo artigo. Pede o autor licença para repetir o que já sublinhou a respeito doutro microsistema jurídico: “A própria presença das estruturas sócio-econômicas imbricadas ... exige uma concepção deste micro (ordenamento jurídico) e da relação sistema jurídico/sistema social que entenda o micro (sistema) como estrutura normativa, de sorte que, dentre outras coisas, não se considere que o micro (sistema) se solidifique num conjunto estruturado de normas que tende à plenitude e, nessa medida, à autonomia e à auto-suficiência em face do sistema social” (Alcides Tomasetti Jr., “Anotações ao art. 1.º da Lei 8.245, de 18.10.92”, in Juaréz de Oliveira (coord.), *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos* cit., p. 13).

40. Retro, nota 4.

41. “Tandis que le juge est guidé par la loi, le fonctionnaire s'en remet, en partie à la loi, en partie à son expérience et à sa raison, pour arrêter ses décisions. Dans la mesure où il se fonde sur son expérience et sa raison, on parle le pouvoir d'appréciation ou pouvoir discrétionnaire (Ermessen); ... cette notion est au centre du droit administratif ... Celle-ci désigne une certaine marge de liberté dans la décision et l'action, la possibilité de choisir entre plusieurs attitudes possibles: faire A, faire B ou bien ne rien faire. Le droit positif n'indique aucune préférence pour l'une de ces attitudes ... L'interprétation de la règle de droit apporte plus de sécurité juridique (*Rechtssicherheit*) que l'exercice du pouvoir discrétionnaire ... L'exercice du pouvoir discrétionnaire et l'application du droit par l'interprétation sont des opérations logiques différentes, elles ne peuvent être remplacées l'une par l'autre. La notion de valeur (*Wertbegriff*) qui fait l'objet d'une appréciation discrétionnaire concerne seulement les mobiles de l'autorité administrative; au contraire toutes les notions juridiques doivent être respectées par l'autorité qui applique la règle de droit à la situation de fait ... La tendance à remplacer les notions contenant un pouvoir discrétionnaire par des notions susceptibles d'interprétation et à limiter le domaine du pouvoir discrétionnaire est inhérent à un ordre juridique qui repose sur les règles de droit” (Ernst Forsthoff, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelles, Et. Emile Bruylant, 1969, pp. 147-148; 158-160; grafos não originais). O alongado desta citação tem a ver com a tese, a seguir levantada e defendida no texto, para mostrar que o enunciado quase casístico do art. 31, CPDC, interpretado textualmente (retro, nota 32), exclui a discricionariedade administrativa, e consequentemente aumenta a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), a benefício do consumidor e do próprio fornecedor, na medida em que impõe, com força cogente, a “precisão” dos termos do “prazo de validade” dos produtos e dos serviços.

42. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, pp. 62 e 63.

43. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo* cit., p. 64.

44. Supra, nota 3.

45. Retro, nota 34.

46. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ª ed., 1988, p. 212.

47. “Não é demais recordar a distinção fundamental entre juízo de realidade e juízo de valor. O primeiro pode ser expresso singelamente nos seguintes termos: S é P, ou seja, implica um enlace de atributividade necessária de uma qualidade a um ser. A outra espécie de juízo ... é a dos juízos de valor, que têm uma forma expressional diversa, da seguinte maneira: S deve ser P. A distinção, como se vê, não está no predicado, mas na maneira de enlace ou de vinculação entre o sujeito e o predicado ... o que distingue o juízo de valor é a maneira pela qual o predicado se liga ao sujeito: essa ligação resulta de uma apreciação subjetiva, ou melhor, da participação de quem valoriza no ato de constituir-se o liame. Ao contrário, nos juízos de fato ou de realidade, a ligação entre sujeito e predicado resulta da apresentação mesma do objeto, impondo-se ao sujeito cognoscente, cuja consciência não pode senão verificar

o enlace, sem possibilidade de opção e de preferência" (Miguel Reale, *Introdução à Filosofia* cit., pp. 197-198). Essa concepção é passível de observações críticas, mas não neste lugar.

48. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico* cit., p. 213; gírios originais e não originais.

49. Cf. Karl Engisch, idem, ibidem; sem gírios no original.

50. Os significados léxicos de "preciso", "precisar", e "preciso", estão respectivamente relacionados a "exatidão de cálculo, pontualidade, rigor sóbrio de linguagem"; "indicar com exatidão, particularizar"; "necessário, exato, claro, terminante". Há portanto coincidência entre a chamada linguagem natural e a amplitude do conceito jurídico da palavra "precisas" (CPDC, art. 31).

51. V. retro, nota 34.

52. A ambiguidade se define: "circunstância de uma comunicação lingüística se prestar a mais de uma interpretação; a antiga retórica grega focalizou-a na construção da frase sob o nome de *antibologia*" (J. Mattoso Câmara Jr., *Dicionário de Filologia e Gramática*, J. Ozon Ed., São Paulo-Rio-Portaleza, 3.ª ed. [1968], verbete "ambiguidade", p. 64). "A *perspicuitas* ... consiste na compreensibilidade intelectual do discurso ... Os erros que se cometem contra a *perspicuitas* ... podem consistir na insuficiência — e na demasia ... Há uma *obscuritas* indecisa quanto à direção, caso o texto deixar em aberto duas (ou mais) possibilidades de compreensão ... devido à ambiguidade da sintaxe" (Heinrich Lausberg, *Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1966, pp. 126-127). "No *status ambiguitatis* ... levanta-se o problema do significado (juridicamente relevante) que o legislador entendeu (*voluntas*), na redação da lei (*scriptum*), no caso de esta ser ambigua em consequência de uma evidente falta de precisão" (Heinrich Lausberg, *Elementos de Retórica Literária* cit., pp. 86-87, sem gírios na última frase).

53. "Na verdade, as empresas fazem de tudo para não colocar os prazos de validade e, na impossibilidade de não fazê-lo, elaboram formas que os tornam praticamente invisíveis ao consumidor, seja pela localização, impressão ou aparência" (Gino Giacomini Filho, *Consumidor "versus" Propaganda*, São Paulo, Summus Ed., 1991, p. 74; sem gírios no original).

## A REPRESSÃO PENAL AOS DESVIOS DE "MARKETING" <sup>1</sup>

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN

Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois (EUA) e um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor. Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, da "Comissão de Instalação do Instituto Ibero-Americano de Direito do Consumidor" e da "Comissão Permanente de Direito do Consumidor" da Comissão Nacional do Ministério Público (CONAMP).

1. Introdução — 2. A perspectiva jurídica do *marketing*: Informação publicitária x informação não-publicitária — 3. A importância da informação do consumidor — 4. Crimes de inadequação da oferta não-publicitária (art. 66); 4.1 Objetividade jurídica; 4.2 Sujeito Ativo; 4.3 Sujeito passivo; 4.4 Tipo objetivo; 4.5 Tipo subjetivo — 5. Inadequação da oferta publicitária: Crimes de publicidade enganosa e abusiva (arts. 67 e 68); 5.1 Crime de publicidade enganosa; 5.1.1 Objetividade jurídica; 5.1.2 Sujeito ativo; 5.1.3 Sujeito passivo; 5.1.4 Tipo objetivo; 5.4.1 O anúncio; 5.1.4.2 A enganiosidade; 5.1.4.2.1 A enganiosidade quanto ao seu conteúdo; 5.1.4.2.2 A enganiosidade quanto à sua forma de manifestação; 5.1.4.2.3 Modos de transmissão da enganiosidade; 5.1.5 Tipo subjetivo — 5.2 Crimes de publicidade abusiva (arts. 67, *caput*, e 68, *caput*); 5.2.1 Objetividade jurídica; 5.2.2 Sujeito ativo; 5.2.3 Sujeito passivo; 5.2.4 Tipos objetivos — 6. Omissão de fundamentação da publicidade (art. 69); 6.1 Objetividade jurídica; 6.2 Sujeito ativo; 6.3 Sujeito passivo; 6.4 Tipo objetivo; 6.5 Tipo subjetivo.

## 1. INTRODUÇÃO

Em outro trabalho, <sup>2</sup> analisamos os crimes de consumo próprios <sup>3</sup> do Código de Defesa do Consumidor (CDC), à exceção daqueles relacionados com o *marketing*. Agora, é nosso intuito estudar estes últimos.

A rigor, o tema exigiria, para sua compreensão perfeita, verdadeira estudo monográfico, em particular pela novidade e importância da matéria, com alguns dos delitos mais danosos e reprováveis contra